

Jacky Hummel

**L'institution gouvernementale
au sein d'une République administrative
Une lecture haurioutiste de l'article 20**

Comment comprendre la nature de l'institution, entendue comme objet artificiel, composé d'individus, susceptible de produire du droit, et créé *ex nihilo* par le droit, qui peut donc être dit, sous ce rapport, matériellement constitutionnel ? [...] La question est compliquée, mais relève de la phénoménologie et non de la sorcellerie. [...] chaque institution existe pour ainsi dire deux fois. Elle existe comme objet intellectuel décrit dans la Constitution [...], mais elle existe aussi actualisée dans des hommes, des locaux, une pratique effective et qui entraîne des conséquences dans la réalité¹.

A rebours des textes constitutionnels qui l'ont précédée, marqués par le souci de circonscrire un pouvoir présumé préexistant, la Constitution du 4 octobre 1958 confère au pouvoir exécutif l'office de stimuler et de diriger l'activité politique de la communauté nationale. Ce faisant, elle consacre l'ambition d'un renforcement de l'Exécutif qui avait déjà été soutenue, à la charnière des XIX^e et XX^e siècles, par une haute fonction publique soucieuse de se poser en gardienne de l'intérêt général et du savoir administratif face à ce qu'elle dénonçait comme étant l'amateurisme des élus de la nation. Dans la postérité d'exigences saint-simoniennes (l'introduction du mode administratif dans la direction des intérêts nationaux) et d'une réforme gouvernementale qui avait conduit les acteurs politiques républicains à porter un regard plus bienveillant qu'anxieux sur l'Exécutif, les fondateurs de la V^e République appellent de leurs vœux une autorité étatique recouvrée et appuyée sur l'efficacité d'une Administration rationnelle. Comme l'observe alors André Siegfried², ne se met en place ni « la *République des professeurs*, chère à Albert Thibaudet, ni la *République des ducs et des notables*, chère à Daniel Halévy, [mais] la *République des compétences administratives* ».

Un changement de régime sert souvent de creuset à un profond renouvellement des idées constitutionnelles : à cet égard, initié aux thèses de Prévost-Paradol par

¹ J.-M. DENQUIN, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits*, 2000/32, p. 39-42.

² « La Présidence », *Le Figaro*, 9 janvier 1959 (cité par D. DULONG, *Moderniser la politique. Aux origines de la V^e République*, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 213).

Joseph Barthélémy, le libéral Michel Debré se montre soucieux de desserrer la contrainte que la culture parlementaire exerce encore sur les intelligences. Selon une logique imaginée dès la Première Guerre mondiale par le Général de Gaulle, l'unité d'action commande une concentration des moyens et une autonomisation de la machine administrative. Plus précisément, il importe que l'action gouvernementale puisse être appuyée sur des techniques rationalisées (on sait, à cet égard, que l'institutionnalisation de la science de la police, médiatisée par des procédures techniques et des connaissances spécialisées, a, peu à peu, conduit à l'autonomisation du domaine administratif relativement au pouvoir politique). Ainsi, en créant une sorte de vide politique par l'abaissement des assemblées parlementaires et des traditionnelles élites politisées, la V^e République donne la priorité à un souci d'efficacité que compromettait jusqu'alors le parlementarisme. La substitution au vocable de *Conseil des ministres* de celui de *gouvernement* traduit la volonté constituante d'autonomiser l'organe gouvernemental et de lui confier des compétences politiques aptes à définir l'intérêt supérieur du pays. Expression tardive et apaisée du processus de *brutalisation* de la vie politique qui avait marqué l'entre-deux-guerres, l'insistance portée sur l'action même de gouverner rejette les doctrines parlementaires dans un monde de formes révolues. Dans la tradition d'un libéralisme qui s'affirme non pas *contre* l'État, mais *par* lui, par son chef et ses moyens administratifs³, l'équilibre entre les pouvoirs ne doit pas empêcher, selon un mot fameux, *l'intendance de suivre*. À cet effet, dans un pays marqué par la violence des affrontements idéologiques, l'occupation des sommets de l'État par des agents publics partageant, nonobstant la diversité de leurs allégeances partisans, des valeurs communes, apparaît comme un moyen de neutralisation des divisions politiques. Indépendamment des turbulences politiques et de l'organisation constitutionnelle du pouvoir, la compétence dont sont crédités les grands Corps constitue, en quelque sorte, une garantie du bon fonctionnement de la machine étatique. À cet égard, les dispositions de la Constitution d'octobre 1958 reconnaissent explicitement une réalité qui est celle de la fonction constitutionnelle de l'Administration, fonction qui fut longtemps réduite à la seule exécution des lois. De surcroît, en consacrant la compétence du gouvernement dans le domaine législatif et en affaiblissant notablement l'autorité parlementaire, elles élargissent fortement le champ de la puissance administrative. Se trouve, de ce fait, ravivée la crainte que ne s'opère, derrière la façade constitutionnelle, une appropriation du pouvoir par l'Administration (Daniel Halévy⁴ constate déjà, à la fin de la III^e République, que « la France a en réalité deux constitutions : l'une, celle de 1875, officielle, visible [...], parlementaire ; l'autre, secrète, silencieuse, celle de l'an VIII, constitution napoléonienne qui remettait aux corps administratifs la direction du pays »). Si, par les termes de son article 20, le droit de la Constitution du 4 octobre 1958 exprime l'étroite attache qui lie le pouvoir d'État à l'appareil administratif qui en constitue l'instrument, il ne parvient pas à embrasser la totalité d'une réalité politique et administrative faisant de cet appareil d'État, parallèlement à l'ordonnement institutionnel et au système de partis, l'une des pièces structurantes du régime politique de la V^e République.

Pour appréhender cette réalité politico-administrative souvent ignorée de la doctrine constitutionnelle, nous nous proposons de nous appuyer sur une lecture

³ V. L. JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997.

⁴ D. HALÉVY, *Décadence de la liberté*, Paris, Grasset, 1931, p. 95.

haurioutiste de l'article 20 qui, comme on le sait, confie au gouvernement, en collaboration avec un Président de la République garant du bon fonctionnement des pouvoirs publics et des intérêts supérieurs de l'État, le soin de définir et de conduire la politique de la nation⁵. En effet, le Doyen toulousain, préfigurant par là le discours gaullien, appréhende l'État comme une réalité politique, plus précisément un phénomène de pouvoir appelé, par-delà sa rationalisation et son encadrement juridique, à imposer sa nécessité. Estimant que « gouverner, c'est agir et non pas délibérer⁶ », il invite à apprécier la hiérarchie des pouvoirs d'un point de vue *politique* (c'est-à-dire à l'aune de l'aptitude à la conduite de l'État) et non pas *juridique* (à l'aune des rapports avec la loi).

Cette proposition de lecture nous dicte les deux moments de notre propos : scellant un bouleversement des relations entre l'Administration et le politique, la V^e République appelle la rationalité administrative au soutien d'une promotion du politique. À la faveur d'un ralliement de l'ordre républicain au modèle administratif, la volonté d'asseoir l'autorité de l'État s'appuie sur les principes et les formes du droit administratif. Cette ambition n'est pas sans rappeler l'intelligence haurioutiste du pouvoir exécutif soucieuse de dépasser le cadre normatif pour porter son attention sur la capacité des acteurs politiques à actionner le pouvoir des bureaux (I). Toutefois, en plaçant explicitement, par son article 20, l'Administration sous l'autorité du gouvernement, la Constitution du 4 octobre 1958 entend également rappeler que « la soumission effective de la fonction publique à l'Exécutif fait pleinement partie du pacte républicain⁷ ». Les velléités de substituer au pouvoir politique un pouvoir administratif, nées d'un parlementarisme longtemps non rationalisé, sont éteintes par l'affirmation que les bureaux doivent se tenir à la disposition du gouvernement (II). Comme l'écrit déjà René Capitant⁸ dans les années 1930,

puisque'il faut des maîtres, ces maîtres seront les Bureaux, c'est-à-dire les ingénieurs sociaux qui dirigent l'administration. Ce sont les seuls que la République puisse accepter. Mais non pas accepter sans contrôle. Le contrôle des pouvoirs est, en effet, [...] la règle essentielle de toute constitution républicaine.

L'attention que les constituants de 1958 prêtent aux modalités d'organisation du pouvoir invite à concevoir l'ordre constitutionnel aussi bien comme un ensemble de règles que comme un ensemble de situations concrètes. Étroitement liée à une technicisation de l'action gouvernementale et à la présidentialisation du pouvoir, la promotion de certains acteurs (au nombre desquels se tiennent tout particulièrement les membres des cabinets ministériels) a donné naissance à une camarilla po-

⁵ C'est une vérité d'évidence que le gouvernement exerce, dans les faits, le rôle que lui confie la clause d'habilitation générale du premier alinéa de l'article 20. Si une telle perception du politique comme le lieu d'une direction donnée à la collectivité nationale peut rencontrer de nombreuses limites conceptuelles, notre propos portera, cependant, essentiellement sur le second alinéa de cet article, et plus précisément sur les termes faisant état d'un gouvernement qui « dispose de l'administration ».

⁶ M. HAURIUO, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2015 [1929], p. 473.

⁷ M. O. BARUCH, « L'Administration centrale de l'État », in V. DUCLERT et C. PROCHASSON (dir.), *Dictionnaire critique de la République*, Paris, Flammarion, 2007, p. 615.

⁸ « Les propos d'Alain ou l'idéologie de la Troisième République » (1935), in R. CAPITANT, *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, textes réunis et présentés par O. BEAUD, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2004, p. 218.

litico-administrative dont l'étude conduit à interroger le rapport à la réalité constitutionnelle et à sa représentation. À cet égard, la méconnaissance de la réalité administrative du pouvoir et de la vie de l'institution gouvernementale expose le droit public, pour reprendre les célèbres termes de G. Jellinek⁹, à se perdre dans l'étude de « catégories vides » et de « fantômes ».

I. LA RATIONALITÉ ADMINISTRATIVE AU SOUTIEN D'UNE PROMOTION DU POLITIQUE

En 1958, l'insertion de dispositions relatives à l'aménagement administratif au sein du corpus constitutionnel témoigne, comme sous la Révolution française, de l'intention constituante d'affirmer la portée politique de l'appareil administratif. Ce dessein de reconnaître le rôle politique d'une Administration dont la solidité est opposée à l'usure du parlementarisme se rattache à deux régimes de temporalité : dans un temps long, il s'inscrit dans l'héritage d'un discours jacobin et napoléonien qui a fait du service de l'État la condition même de la transformation de la société (tout au long du XIX^e siècle, la volonté, sans cesse affirmée, de moins administrer pour mieux gouverner ne procède pas, comme en Angleterre, d'un projet libéral de limitation du pouvoir, mais renvoie « à l'utopie d'un gouvernement immédiat de la volonté générale¹⁰ »). Inscrit dans un temps plus court qui est celui d'un processus constituant précipité par l'effondrement de la IV^e République, cette ambition s'agrège à un discours réformiste dont Léon Blum¹¹ avait déjà résumé les termes en observant qu'« il ne s'agit pas de savoir ce que signifie le mot *gouverner* ; il ne suffit même pas d'être résolu à gouverner ; il faut en détenir ou s'en procurer les moyens ». Au nombre de ces moyens, il faut compter, en 1958, la promotion d'instances administratives et d'une fonction publique de carrière organisée en grands Corps. Déjà, en 1941, dans une première ébauche de Constitution dessinée à Rabat, Michel Debré¹² envisage de créer un puissant Conseil d'État, apte à combiner le Conseil du roi de l'Ancien Régime et le Conseil d'État consulaire, qui assurerait « la permanence de l'action publique » auprès du gouvernement.

A. L'efficacité de l'Exécutif par la haute Administration

En tant que modalité d'organisation de la vie politique, le gouvernement parlementaire établi en 1958 se tient très clairement à rebours du modèle du *gouvernement d'assemblée* défendu par certains acteurs politiques de la III^e République qui, fidèles à la récusation rousseauiste d'un équilibre des pouvoirs, étaient soucieux de maintenir l'inféodation du pouvoir exécutif au sein d'un régime républicain (René Goblet¹³ affirme ainsi, en 1893, qu'il n'est pas « de ceux qui, par une étrange

⁹ G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, part. I, *Théorie générale de l'État*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2005 [1913], p. 22.

¹⁰ P. ROSANVALLON, « État et société. Du XIX^e siècle à nos jours », in J. LE GOFF (dir.), *L'État et les pouvoirs*, Paris, Le Seuil, 1989, p. 512.

¹¹ L. BLUM, « Lettres sur la réforme gouvernementale », *La Revue de Paris*, 15 décembre 1917, p. 821-822.

¹² Archives Debré, 1 DE 106, « Principes d'une organisation politique, Rabat, août-septembre 1941 » (cité par J. PERRIER, « Michel Debré et les avatars du libéralisme français (1936-1945) », *Vingtième Siècle*, n° 116, 4/2012, p. 81-95).

¹³ R. GOBLET, *De la révision de la Constitution*, Toulouse, Imprimerie G. Berthoumieu, 1893, p. 30.

équivoque, confondant l'administration avec le gouvernement, placent le gouvernement dans le pouvoir exécutif et font résider dans la force de ce pouvoir toute la force gouvernementale de la nation ». Dans la mesure où il importe désormais, dans le cadre institutionnel de la V^e République, de reconnaître au gouvernement le droit de mener une politique qui lui soit propre, sans qu'il n'ait à faire passer le fil de son action par le chas de l'aiguille parlementaire, l'objectif premier de Michel Debré et de ceux qui préparent, en juin et juillet 1958, la première esquisse de Constitution, est de hisser la faculté de produire des ordonnances et des décrets au cœur du fonctionnement du pouvoir (la promotion du décret permet de garantir au pouvoir exécutif la possibilité de mener en permanence ses politiques d'intervention). De ce fait, entre les deux modes de production traditionnels du droit que sont le *mode parlementaire* par lequel la règle est votée par la représentation nationale, et le *mode ministériel* par lequel la règle est élaborée par le Premier ministre et les membres du gouvernement, l'équilibre antérieur est renversé au profit de ce que Jean Carbonnier¹⁴ a nommé un « droit bureaucratique ». L'élaboration de ce dernier est confiée à la sollicitude d'une élite fonctionnarisée empreinte d'une conception volontariste du droit. De telles inflexions s'inscrivent dans une tradition déjà bien repérée : dans son ouvrage consacré à la question de la compétence au sein d'un régime démocratique, Joseph Barthélemy¹⁵ reprend, en 1918, des thématiques déjà rencontrées sous la plume d'Hippolyte Taine ou d'Ernest Renan. Comme l'écrit Hauriou dans son *Précis de droit constitutionnel*, dans la mesure où « le milieu social n'engendre par lui-même aucune initiative, celle-ci vient toujours des individus », c'est-à-dire d'une minorité qui se distingue par son « esprit d'entreprise et la supériorité de sa compétence et qui assume le gouvernement¹⁶ ».

Constituant, par nature même, ce pouvoir *minoritaire*, le pouvoir exécutif – cette « puissance mystérieuse [qui] réunit l'action à la volonté » selon le célèbre mot de Necker – doit être confié à des *Bureaux*. En prenant appui sur certaines thèses du philosophe Alain et en prenant la mesure de l'importance de l'ossature administrative des ministères, René Capitant¹⁷ observe, dès la III^e République, que les pouvoirs, organisés comme des services justifiés par leur utilité publique, « cessent, par là-même, d'être politiques, pour devenir administratifs. L'État doit être gouverné par les *Bureaux*. La République est d'abord une Bureaucratie ». Les grandes orientations étant désormais identifiées, au sein du régime établi en 1958, comme appartenant au pouvoir d'État, la méfiance du Général de Gaulle à l'égard des appareils partisans le conduit à confier des responsabilités éminentes aux grands serviteurs de l'État qui étaient parvenus à assurer, dans les régimes antérieurs, la continuité de l'action publique. En effet, si « la ligne de démarcation séparant la politique de l'administration¹⁸ » se situait, traditionnellement, entre le gouvernement soumis à l'emprise des partis et l'Administration astreinte à une obligation de réserve, elle se trouve désormais déplacée pour se tenir entre le gouvernement procédant du chef de l'État et le Parlement devenu l'unique espace des

¹⁴ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 30.

¹⁵ J. BARTHÉLEMY, *Le problème de la compétence dans la démocratie* (cours professé à l'École des hautes études sociales pendant l'année 1916-1917), Paris, Librairie Félix Alcan, 1918.

¹⁶ *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁷ R. CAPITANT, « Les propos d'Alain ou l'idéologie de la Troisième République », *op. cit.*, p. 216.

¹⁸ J.-L. QUERMONNE, « Politisation de l'administration ou fonctionnarisation de la politique ? », in F. DE BAECQUE et J.-L. QUERMONNE (dir.), *Administration et Politique sous la Cinquième République*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1981, p. 351.

partis politiques¹⁹. Selon les termes employés par de Gaulle dans sa conférence de presse du 31 janvier 1964, les ministres, qu'ils soient d'origine parlementaire ou qu'ils soient issus de l'Administration, ont tous été placés sous « l'autorité indivisible de l'État [...] confiée tout entière au président de la République par le peuple qui l'a élu²⁰ ». Alors que, sous la *République des partis*, les gouvernements, dont les membres se sentent davantage en dette à l'égard d'un parti (auquel ils doivent leur portefeuille ministériel) qu'à l'égard d'un président du Conseil, procèdent de l'agrégation de délégations partisans, le Président de Gaulle se refuse, sous la V^e République, à négocier la composition d'un gouvernement avec les chefs des grands partis. Si une telle attitude procède de l'intention constituante originelle consistant à mettre la sphère étatique à l'abri des forces partisans (intention par laquelle les membres de l'Exécutif sont invités à « [quitter] la maison des partis pour n'habiter que la demeure de l'État²¹ »), elle ne peut être adoptée, plus tard, par les successeurs du Général devenus les chefs d'une majorité présidentielle.

Sous l'empire d'une nécessité qui est celle de la continuité de l'État, l'exercice du pouvoir gouvernemental se donne alors à voir comme une nouvelle expression du dualisme qui avait longtemps opposé, au XIX^e siècle, l'État (l'Exécutif) à la politique (les représentants réunis en assemblée). De ce fait, les rapports entre les hauts fonctionnaires et la politique, tels qu'ils s'étaient établis depuis la fin du XIX^e siècle, se trouvent profondément modifiés au sein d'une *République administrative* peu à peu encline à rompre avec la pratique républicaine de la séparation entre l'Administration et la politique (pratique procédant historiquement de la distinction, établie par la Constitution française de septembre 1791, entre les *représentants* de la nation et les *agents* chargés d'exécuter sa volonté). Convaincus du fait que les hauts fonctionnaires sont, en raison de leur éthique professionnelle ordonnée autour du service de l'État, les plus habiles à les conseiller dans l'élaboration de l'action politique, les ministres voient dans la culture administrative l'assurance de la faisabilité de cette action. Dès le gouvernement de Michel Debré, composé de personnalités sans attaches partisans et appartenant toutes à un grand Corps, dix ministres-techniciens sont nommés sur un total de vingt-six membres. Se trouve ainsi éclairée, à l'aune de cette inflexion, l'intention du Doyen Hauriou d'affirmer une irréductibilité politique et juridique du *pouvoir minoritaire* (assimilé au gouvernement et à la haute Administration) au *pouvoir majoritaire*. En effet, à l'instar d'un Thomas Carlyle qui avait reconnu le rôle nécessaire des supériorités dans le mouvement historique d'un progrès ne s'accomplissant que par l'action de certains « organes articulatoires²² », Hauriou voit dans le perfectionnement de la civilisation un mouvement animé par l'action d'élites sur lesquelles repose une responsabilité historique particulière quant à la fondation des institutions. De ce fait, l'action de l'Exécutif, adossée à une Administration propre à substituer à une vision partisane et politique de l'État une vision technique et objective, possède une primauté politique sur le Délibératif. Avec la même prescience que celle dont fait preuve Hauriou

¹⁹ Voir, sur ce point, D. CHAGNOLLAUD et J.-L. QUERMONNE, *Le gouvernement de la France sous la V^e République*, chap. IX, « L'appareil d'État », Paris, Fayard, 1996, p. 619 sqq.

²⁰ D. MAUS (dir.), *Textes et documents sur la pratique institutionnelle de la Cinquième République*, 4^e éd., Paris, La Documentation française, 1988, p. 197.

²¹ L. HAMON, *De Gaulle dans la République*, Paris, Plon, 1958, p. 116.

²² T. CARLYLE, *Les héros : le culte des héros et l'héroïsme dans l'histoire*, trad. J. Izoulet, Paris, A. Colin, 1902 [1841].

quant à l'impératif technique d'un gouvernement fort, Mirkine-Guetzévitch²³ avait également reconnu dans la « primauté politique de l'Exécutif » le fondement d'un régime parlementaire appréhendé comme « un problème technique de la démocratie ».

Dans un moment doctrinal marqué par la substitution de l'impératif d'*organisation* à celui de l'édition d'une *constitution écrite*, cette thèse d'une primauté « politique » de l'Exécutif accompagne l'idéal technocratique de la compétence déjà porté par le discours libéral doctrinaire des capacités. La revendication en faveur d'une plus grande autonomie de l'appareil administratif par rapport au pouvoir politique avait, en effet, réactivé l'interrogation sur l'accommodement de l'idée démocratique à un gouvernement fondé sur la raison. Entendu comme un « pouvoir d'élite²⁴ » en ce qu'il se caractérise par la compétence et l'autorité de certains gouvernants, le *pouvoir minoritaire* s'est peu à peu cristallisé, à la faveur de la substitution du régime démocratique à la royauté aristocratique, dans « l'institution exécutive gouvernementale et administrative ». Charles Eisenmann a pu souligner les difficultés auxquelles se heurte cette thèse selon laquelle le pouvoir exécutif et ses agents (composant une élite politique apte à soumettre les passions aux exigences de la raison) possèdent, du fait de leur compétence, le sentiment de l'ordre et de la justice. Selon lui²⁵, l'affirmation d'un droit de supériorité de l'élite intellectuelle fonctionnarisée, que Hauriou justifie par l'histoire et l'héritage des âges aristocratiques, « méconnaît l'hétérogénéité radicale des rapports historiques et des rapports juridiques ». À cet égard, l'instauration de la V^e République correspond à ce moment historique charnière où les premiers élèves de l'ENA, arrivés à maturité, se saisissent de la haute Administration appelée, elle-même, à se saisir de l'État. Repliés sur leur rôle technique d'administrateurs défenseurs de l'intérêt général, ces *serviteurs de l'État* se pensent dotés d'une légitimité technocratique qui les rend plus aptes à gérer le pays que la classe politique dépourvue de telles qualifications. Pouvant être, à certains égards, comparés aux fonctionnaires de l'État weimarien qualifiés, par l'article 130 de la Constitution allemande d'août 1919, de « serviteurs de la collectivité et non d'un parti » (termes institutionnalisant une dissociation fictive entre l'ordre étatique, situé au-dessus du système politique partisan, et sa forme constitutionnelle), ils font preuve d'un loyalisme davantage attaché à l'ordre étatique qu'au régime politique lui-même. En vertu d'une *théorie des deux âmes*, les fonctionnaires seraient les porteurs de la continuité étatique par-delà les vicissitudes de l'activité gouvernementale (c'est ce hiatus entre changement constitutionnel et continuité administrative qu'Otto Mayer²⁶ relève déjà en soulignant que « le droit constitutionnel passe, mais le droit administratif reste »).

Par l'importance qu'il reconnaît à l'ossature administrative du pouvoir, l'ordre politique et constitutionnel établi en 1958 rejoint des modèles étatiques ayant étroitement arrimé l'appareil bureaucratique à la naissance d'un régime politique (par exemple, et toutes choses égales par ailleurs, l'Administration bureaucratique,

²³ « L'Exécutif dans le régime parlementaire », *Revue politique et parlementaire*, 1931, p. 158-159.

²⁴ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 27.

²⁵ « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou » (1930), in Ch. EISENMANN, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Ch. Leben, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2002, p. 45.

²⁶ O. MAYER, « Préface », in *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3^e éd., Munich, Duncker & Humblot, 1924.

étroitement rattachée à l'ordre politique, fait figure, au sein de l'Empire wilhelminien, de « charpente rigide de l'État autoritaire²⁷ ». Quant à l'apport décisif de l'appareil administratif aux forces politiques gouvernantes, l'histoire constitutionnelle a enseigné que l'accommodement au régime parlementaire d'appareils bureaucratiques établis dans le cadre de l'absolutisme éclairé prussien ou napoléonien (modèles caractérisés par une monopolisation des fonctions gouvernementales par l'Administration) peut s'expliquer par l'existence du principe de la responsabilité ministérielle qui « fonctionne grâce au mythe de l'unité de l'appareil gouvernemental²⁸ ». À cet égard, dans ses célèbres pages où il souligne que la Constitution gaullienne tend à réconcilier le pouvoir d'État avec le principe démocratique, G. Burdeau²⁹ observe que certaines dispositions du texte de 1958, échappant à « une nostalgie barrésienne », reconnaissent un pouvoir démocratique qui, procédant du suffrage universel, « définit l'article 20 puisque le gouvernement qui « détermine et conduit » la politique est un gouvernement *responsable* ». Il est vrai que, tout au long du processus de rédaction de ce texte constitutionnel, répond à la volonté de restauration de la séparation des pouvoirs l'engagement des chefs de partis en faveur d'un gouvernement *responsable* devant le parlement, cette exigence se trouvant satisfaite par le choix d'une forme à la fois orléaniste et rationalisée du parlementarisme (la pratique enseignera, toutefois, que les modalités de la responsabilité des gouvernants peuvent être entravées par la confiscation oligarchique du pouvoir d'État³⁰).

B. Sur l'existence d'un pouvoir administratif

Renouant avec la période révolutionnaire, le texte constitutionnel de 1958 définit l'Administration en tant qu'*institution* : en effet, elle se trouve constitutionalisée directement « en tant qu'institution et non plus indirectement par le biais d'une hiérarchisation implicite des normes juridiques³¹ ». Ce faisant, la pensée constituante de 1958 fait écho à celle de la fin du XVIII^e siècle qui définissait les compétences d'un pouvoir administratif dans la mesure où elle appréhendait l'ordre constitutionnel, pour reprendre une formule de Jean-Joseph Mounier³², comme

un ordre fixe et établi dans la manière de gouverner [...], une forme précise et constante de gouvernement ou, si l'on veut, l'expression des droits et obligations des différents pouvoirs qui le composent.

Si les constituants de 1958 ne font que convenir du fait que l'Administration, incarnant la permanence de l'État, participe, depuis l'entre-deux-guerres, à la déter-

²⁷ H.-U. WEHLER, *Deutsche Gesellschaftsgeschichte*, vol. III, Munich, Beck, 1995, p. 109.

²⁸ J. ZILLER, « L'Administration », in *Traité international de droit constitutionnel*, sous la direction de M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD, t. III, Paris, Dalloz, 2012, p. 741.

²⁹ G. BURDEAU, « La conception du pouvoir selon la Constitution du 4 octobre 1958 », *Revue française de science politique*, 1959/1, p. 97 (c'est nous qui soulignons).

³⁰ Sur le transfert de la responsabilité des acteurs politiques à l'Administration et sur l'impunité de gouvernants soucieux d'écarter le principe de la responsabilité politique des institutions, v. O. BEAUD, « La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants », *Pouvoirs*, 2000/92, p. 17-30.

³¹ A. LANZA, *L'expression constitutionnelle de l'administration française. Contribution à l'étude des constantes constitutionnelles*, Paris, LGDJ, 1984, p. 266.

³² « Rapport de M. Mounier lors de la séance du 9 juillet 1789 », in *Archives Parlementaires de la Révolution française*, t. VIII, Paris, Librairie administrative P. Dupont, 1875, p. 214.

mination de la politique gouvernementale, ils sont toutefois disposés à constitutionnaliser le passage d'un rôle de simple exécutant d'une décision venant « d'en haut » à celui de participant à la décision. Désormais reconnues à l'Administration, les aptitudes à appuyer et à orienter l'activité étatique sont définies comme un *pouvoir* : Michel Debré³³ observe ainsi que

le pouvoir politique a, certes, la responsabilité suprême. Mais existe, dans une démocratie, une responsabilité de l'Administration devant la nation. [...] L'institution administrative, subordonnée mais essentielle, obéissante mais responsable, constitue un *pouvoir de la République*.

Ce dernier pouvoir n'est cependant pas un pouvoir de droit dans la mesure où le droit public français a hérité de la Révolution française l'idée selon laquelle nul pouvoir bureaucratique ne saurait venir briser le lien spécial qui unit la nation à ses représentants.

Conformément à la logique propre aux régimes républicains, l'Administration et le pouvoir politique se trouvent, sous la V^e République, et cela par l'intermédiaire du ministre qui accomplit une œuvre de conjonction entre divers espaces institutionnels, très étroitement arrimés l'un à l'autre. La nature de cette réunion a été débattue dès l'entre-deux-guerres : si Édouard Laferrière est d'avis que la tâche gouvernementale, tournée vers les questions constitutionnelle et internationale, n'a aucun lien apparent avec l'Administration, Léon Blum dénonce, quant à lui, la nature artificielle de cette distinction classique et considère, comme Maxime Leroy, que « bien gouverner, c'est bien administrer³⁴ ». Ainsi réduit à une question d'organisation administrative, le problème de l'efficacité gouvernementale se trouve formulé dans des termes qui seront, plus tard, ceux de 1958 : « Le jour où nous aurons un gouvernement qui administre, nous aurons un gouvernement qui gouverne³⁵ ». Soutient tout particulièrement une telle ambition la mission que le Doyen Hauriou avait confiée au pouvoir exécutif dans son commentaire de la jurisprudence *Heyriès* : « D'abord gouverner et administrer ; ensuite exécuter la loi, ce qui signifie : vivre d'abord, et ensuite, vivre régulièrement, toujours dans les circonstances normales, autant que l'on peut dans les circonstances exceptionnelles³⁶ ». L'affirmation de l'existence ou de l'inexistence d'un *pouvoir administratif* s'est toujours rattachée à la question de l'articulation constitutionnelle entre la volonté politique et son exécution administrative. Sous la III^e République, dans la mesure où l'appareil administratif s'est, peu à peu, soustrait au contrôle d'un gouvernement parlementaire instable et dépassé par la croissance de ses propres services, une nouvelle manière d'appréhender les rapports entre l'Administration et la politique redonne, dès les années 1920, une légitimité nouvelle à l'idée d'un gouvernement rationnel. Ainsi Henri Chardon, pour qui l'administratif, certes subordonné au contrôle du politique, agit cependant « en dehors du politique³⁷ », voit dans « l'exagération » du pouvoir politique le « vice organique de la République

³³ « Préface » à l'ouvrage de C. KESSLER, *La politique de la Haute fonction publique*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1978, p. XII (c'est nous qui soulignons).

³⁴ Sur ce point, v. V. LE GRAND, *Léon Blum (1872-1950) : gouverner la République*, Paris, LGDJ, 2008, p. 447.

³⁵ M. LEROY, *Pour Gouverner*, Paris, Grasset, 1918, p. 89.

³⁶ Note sous Conseil d'État, 28 juin 1918, *Heyriès*, Paris, Sirey, 1922, p. 49.

³⁷ H. CHARDON, *L'organisation d'une démocratie. Les deux forces. Le nombre, l'élite*, Paris, Perrin, 1921, p. 12-13.

française³⁸ ». Si l'emploi de l'expression *pouvoir administratif* n'est donc pas nouveau dans le débat, aucune constitution n'a pourtant jamais mentionné l'existence d'un tel pouvoir. En effet, la culture juridique française a hérité de la Révolution française l'idée que la reconnaissance d'un tel pouvoir serait inconciliable avec la souveraineté nationale.

Persuadé du fait que « la véritable *domination* », qui s'exerce, au sein d'un État moderne, « non pas dans les discours parlementaires ou les déclarations de monarques, mais dans *le maniement de l'administration* au quotidien », se trouve « inévitablement aux mains des *fonctionnaires*³⁹ », Max Weber ne cesse de souligner, dans ses derniers écrits, que le péril de l'arbitraire bureaucratique ne peut être conjuré que dans le contrôle permanent qu'exerce sur l'Administration active le pouvoir politique d'un Parlement. Quant aux moyens de contrôle dont dispose ce dernier, c'est moins par des votes de défiance ou des mises en accusation de ministres que par un « travail intensif sur les réalités de l'administration⁴⁰ » que les acteurs politiques pourront empêcher que la bureaucratie ne fasse de ses connaissances spécialisées (son « *savoir de service* ») un moyen d'échapper à tout examen critique. À cet égard, en 1958, alors qu'un équilibre *technique* des pouvoirs semble se substituer au traditionnel équilibre *politique* (devenu obsolète du fait de la complexité croissante du travail gouvernemental), les pères fondateurs de la V^e République sont soucieux de conjurer le péril d'une érosion du pouvoir politique par la technique. Ainsi, en contrepoint de l'autonomie revendiquée par une Administration longtemps favorisée par l'instabilité ministérielle, ils inscrivent, pour la première fois dans une disposition constitutionnelle, le principe de la subordination de l'Administration au gouvernement. Selon le célèbre terme de l'article 20, le gouvernement « dispose » de l'administration : l'emploi de ce verbe « disposer », finalement retenu par le Conseil interministériel du 7 juillet 1958 à la place de « diriger »⁴¹, traduit le fait que l'Administration est appréhendée comme un instrument dans les mains d'un gouvernement possédant ainsi les moyens d'exercer ses pouvoirs constitutionnels. Hiérarchiquement, elle n'est donc qu'un simple outil et non pas un « organe » de l'État (le personnel qui la compose n'a pas compétence pour *vouloir au nom de la Nation*). Ainsi, à l'instar du modèle juridique classique, l'Administration n'est au service de la société que par le seul relais du gouvernement, c'est-à-dire par l'intermédiaire « d'une institution avec laquelle elle se confond organiquement et non plus par le relais d'une hiérarchisation des actes construite à partir de la loi⁴² ».

Ne pouvant être réduites à la normativité, de telles réalités commandent d'appréhender le droit constitutionnel dans une dimension institutionnelle propre à embrasser, dans l'étude de ce dernier, aussi bien les règles constitutionnelles que les acteurs les faisant vivre (au nombre desquels ceux qui composent l'« équipe de

³⁸ H. CHARDON, *L'Organisation de la république pour la paix*, Paris, PUF, 1927, p. XXVII.

³⁹ M. WEBER, « Parlement et gouvernement dans l'Allemagne réorganisée. Contribution à la critique politique du corps des fonctionnaires et du système des partis », in M. WEBER, *Écrits politiques (1895-1919)*, textes réunis par E. KAUFFMANN, trad. E. Kauffmann, J.-P. Mathieu et M.-A. Roy, Paris, Albin Michel, 2004, p. 323.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 360.

⁴¹ Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^e République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 1, Paris, Documentation française, 1987, p. 360.

⁴² A. LANZA, *L'expression constitutionnelle de l'administration française*, *op. cit.*, p. 256.

gouvernants » dont parle le Doyen Hauriou quand il voit dans l'institution gouvernementale une réalité concrète existentielle). Le fonctionnement des institutions commande, en effet, que des pratiques gouvernementales viennent, en quelque sorte, combler l'incomplétude de toute constitution formelle. Selon Hauriou⁴³, dans les États où a été instauré un régime constitutionnel, les « pratiques de gouvernement », déjà présentes antérieurement à cette instauration, continuent à exister après cette dernière et deviennent des « pratiques constitutionnelles [...] plus ou moins conformes à la loi de la Constitution ».

II. L'APPRÉHENSION DU FAIT GOUVERNEMENTAL PAR LE DROIT POLITIQUE

Si certaines institutions gouvernementales, tels les cabinets ministériels ou le Secrétariat général du Gouvernement, ne dissimulent pas leur action derrière les *arcana imperii* (terme qu'avait mobilisé la littérature anti-machiavélique pour condamner l'autonomisation du politique par rapport à la société civile), leur organisation et leur fonctionnement procèdent, cependant, moins de règles juridiques formalisées que d'un ensemble d'usages. L'impuissance des juristes à pouvoir caractériser dans les termes de la normativité l'agencement coutumier et l'action de ces institutions placées dans un entre-deux du politique et de l'administration, révèle un complexe de réalités et de comportements que seul le droit politique est à même d'appréhender.

L'apparition d'une fonction gouvernante et la dénaturation des rapports entre la politique et l'Administration

Dans la mesure où les gouvernements de la III^e République n'étaient jamais assurés de leur longévité, le sort des fonctionnaires ne leur était pas lié. Il est vrai que la naissance du régime parlementaire, tout en ayant fait de l'Administration un enjeu politique (cette dernière se trouvant, du régime orléaniste à la III^e République, asservie à la politique), a également favorisé son autonomisation. Cette autonomie renforcée s'est accompagnée de la reconnaissance d'un pouvoir propre de la bureaucratie. Dans la mesure où ce pouvoir s'immisce dans la médiation étroitement soudée entre le peuple et ses représentants, une telle autonomie a été, pendant longtemps, compensée par une distinction radicale des personnels politique et administratif. Commencée sous la IV^e République, l'insertion des fonctionnaires dans les mécanismes politiques a trouvé son accomplissement sous la V^e République : assurant la fusion des pouvoirs exécutif et législatif dans une nouvelle *fonction gouvernante*, le régime a connu une forte interpénétration des personnels politique et administratif. Le modèle wébérien d'une stricte séparation entre l'Administration impartiale et le politique a donc été fragilisé : à l'inverse de ce qu'en attendait de Gaulle, à savoir une plus grande autonomie de l'État par rapport aux forces sociales et politiques, la fonctionnarisation accrue des entourages gouvernementaux a progressivement, et surtout après son *Principat*, emporté une forte politisation des activités étatiques (et cela tout particulièrement à la faveur d'un rapprochement, sensible à partir de la présidence giscardienne, de l'arbitrage présidentiel avec le système partisan). Ainsi, alors que le fondateur du régime avait souhaité dépolitiser

⁴³ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^e éd., Paris, Recueil Sirey, 1916, p. 682-683.

l'exercice des fonctions gouvernementales par une séparation renforcée de l'Administration et du politique, l'important recrutement de hauts fonctionnaires au sein des cercles gouvernementaux a, *in fine*, rapproché ces deux sphères⁴⁴.

Le souhait d'une position renforcée des ministres va s'accomplir à la faveur de deux principaux événements : d'une part, la mise à l'écart du traditionnel personnel politique parlementaire a conduit à une compétence technique accrue des membres du gouvernement du fait de leur recrutement parmi les hauts fonctionnaires (la part majorée de ces derniers dans la composition des cabinets apparaît comme une conséquence mécanique de la volonté gaullienne de dé-parlementariser l'État) et, d'autre part, la longévité recouvrée des gouvernements (comme à l'époque d'un Villèle ou d'un Guizot durant laquelle le gouvernement bénéficie de la confiance du Chef de l'État et d'une majorité cohérente, le régime parlementaire a redécouvert les avantages de la stabilité gouvernementale).

De surcroît, les effets emportés par la lecture présidentialisante des institutions ont, peu à peu, dénaturé les rapports entre l'Administration et la politique :

d'une part, dans le cadre d'un « bicéphalisme administratif⁴⁵ » qui a mis fin, en 1958, à l'organisation monocéphale qui avait caractérisé les deux précédentes Républiques, le Président de la République intervient activement, parallèlement au Premier ministre, en tant qu'autorité administrative. À ce titre, il détient un pouvoir de nomination pour ce qui concerne les plus hauts fonctionnaires (au nombre desquels les directeurs d'administrations centrales). Dans le cadre d'un régime parlementaire pratiqué à l'aune d'une interprétation dualiste (le modèle anglais pré-victorien prisé par Michel Debré), l'exercice d'un tel pouvoir s'est déployé au soutien « d'une magistrature d'influence qui, conjuguée à la puissance constitutionnelle de l'Exécutif sous la V^e République, en [a] fait un véritable "pouvoir de patronage"⁴⁶ » : la dimension politique de ce droit de nomination largement accaparé par le chef de l'État témoigne du fait que, « dans son projet de réduire le réel à des catégories juridiques, le droit échoue parfois à bâtir un monde de la norme qui ne soit pas, au regard du monde réel, qu'un monde fantasmé⁴⁷ ».

D'autre part, la prépondérance présidentielle, et plus largement la rénovation de la fonction exécutive, n'ont cessé d'attirer les vocations. Sans aller jusqu'à épouser la forme américaine d'une confusion du gouvernement et de l'Administration (confusion traduite par la polysémie du terme *government* et renforcée par le système du *spoils system*), la réserve de pouvoir inhérente à la haute Administration a pu épouser, sous la V^e République, les traits d'une action politique en ce qu'elle a trouvé dans le chef de l'État un acteur capable de la mettre en œuvre. À cet égard, Maurice Hauriou avait déjà observé, avec une remarquable prescience, combien l'Exécutif, une fois adossé à une élite intellectuelle, serait en mesure d'asseoir sa

⁴⁴ Voir, sur ce point, J.-P. FELDMAN, « "Politisation" de l'administration et "fonctionnarisation" de la politique : un impensé du réformisme institutionnel français ? », in P. MBONGO (dir.), *La séparation entre administration et politique en droits français et étranger*, Paris, Berger-Levrault, 2014, p. 137-169.

⁴⁵ G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, 12^e éd., t. 1, Paris, PUF, 1992, p. 40-47.

⁴⁶ B. MONTAY, « Le pouvoir de nomination de l'Exécutif sous la V^e République », *Jus Politicum*, 2013/11 [http://juspoliticum.com/article/Le-pouvoir-de-nomination-de-l-Executif-sous-la-Ve-Republique-817.html].

⁴⁷ *Ibid.*

prééminence sur les autres organes constitués : « il suffirait, écrit-il⁴⁸, que le chef de l'État disposât d'un organisme bureaucratique suffisant, en relation avec les grands chefs de service des ministères, pour que la présidence de la République acquît la véritable direction des affaires ». Héritiers de la « maison civile et militaire » des présidents des III^e et IV^e Républiques, les services de la Présidence, organes de l'organisation administrative élyséenne qu'aucune règle de droit positif n'a définis, sont désormais devenus, par leur office de coordination et de contrôle de l'action gouvernementale, cet organisme bureaucratique *suffisant* dont parlait le Doyen toulousain. Il est vrai que l'accaparement présidentieliste des formes et des ressources du régime parlementaire a conduit, sous la V^e République, les acteurs qui se tiennent dans la familiarité du pouvoir à accompagner, au sein de l'Exécutif, le lieu effectif de l'autorité politique⁴⁹.

De surcroît, en 1958, l'instauration de l'incompatibilité entre les fonctions ministérielles et l'exercice d'un mandat parlementaire, innovation à rebours d'une tradition parlementaire française qui, tout en rapprochant le gouvernement des chambres, avait été source d'instabilité ministérielle, a permis aux ministres d'occuper plus efficacement le terrain administratif. En ayant à l'esprit la distinction tracée par Hauriou entre le *fait gouvernemental* et le *fait parlementaire*, il est aisé de comprendre qu'un ministre concentré sur son ministère est plus apte à revendiquer le contrôle de son administration. Alors que le *Comité constitutionnel consultatif* avait estimé que l'interdiction du cumul des fonctions est de nature à provoquer une certaine politisation de la haute Administration, de Gaulle écarte l'argument en appréciant la question à l'aune d'une stricte conception de la séparation des pouvoirs. Dans le droit fil de son discours de Bayeux, il estime que les ministres ne peuvent, en tant qu'ils sont des acteurs de l'institution étatique (plus précisément, en tant que leur autorité relève de ce que Lucien Jaume a appelé la « légitimité de suprématie de l'État comme lieu de l'intérêt général⁵⁰ »), procéder des partis politiques. Comme l'écrit alors Michel Debré⁵¹ en faisant une singulière référence à l'existence d'une moralité constitutionnelle, « quand on est ministre, on n'est rien d'autre. [...] En théorie, c'est peut-être trop que de le dire dans la Constitution, mais [...] était-il un autre moyen pour imposer cette réforme nécessaire ? La constitution, c'est aussi une morale ». Conforme au modèle de séparation des pouvoirs appliqué par la Constitution de septembre 1791 ou par celle de l'An III, l'incompatibilité établie par l'article 23, présentée comme une règle de bonne administration, a pour principal objet d'assurer une autorité plus ferme du gouvernement. Tout en la jugeant « plus conforme à l'esprit d'un régime présidentiel que

⁴⁸ M. HAURIU, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 178.

⁴⁹ Estimant que la Constitution de 1958 « ne réalise pas les espoirs de Maurice Hauriou, [mais] donne corps à ses craintes » (A.-L. GIRARD, « Pouvoir du gouvernement, pouvoir minoritaire et suprématie de l'exécutif sous la V^e République », in CH. ALONSO, A. DURANTHON et J. SCHMITZ (dir.), *La pensée du Doyen Hauriou à l'épreuve du temps : quel(s) héritage(s) ?*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015, p. 559-560), A.-L. Girard fait justice de la légende présentant Hauriou comme « un père spirituel » de la V^e République et observe que la consécration de la primauté de l'exécutif « ne s'est pas accompagnée des contre-poids imaginés par Maurice Hauriou [qui, présentant l'Exécutif comme une institution composite, souhaitait] dévaluer la volonté du président de la République ».

⁵⁰ L. JAUME, « La réhabilitation de la fonction gouvernementale dans la Constitution de 1958 », *Esprit*, janv. 2002, p. 96-97.

⁵¹ M. DEBRÉ, *Refaire une démocratie, un État, un pouvoir*, Paris, Plon, 1958, p. 31-32.

d'un régime parlementaire, même "orléaniste" », M. Duverger⁵² entrevoit qu'une telle interdiction de cumuler les fonctions est de nature à affaiblir les liens entre gouvernement et assemblées et « à orienter vers les hauts-fonctionnaires le recrutement des ministres : si l'avantage est grand au point de vue technique, on peut craindre que les résultats ne soient pas toujours satisfaisants au point de vue politique ».

Plus généralement, l'innovation de l'article 23 s'inscrit dans l'économie d'une entreprise constituante soucieuse de s'éloigner de la tradition parlementaire par un retour à un modèle hérité de la pratique des Chartes. En effet, le général de Gaulle souhaite prendre ses distances à l'endroit de la tradition républicaine, défendue de Gambetta à Mendès, qui consistait « à chercher le secret de la force du gouvernement à l'intérieur du cadre parlementaire⁵³ ». À rebours de cette tradition soucieuse de limiter le rôle du pouvoir exécutif au sein des délibérations parlementaires pour écarter le péril d'un État administratif trop influent, de Gaulle souhaite préserver l'autorité étatique des luttes partisans. Il ne fait par là que reformuler les conceptions défendues par les monarchistes de l'Assemblée nationale de 1871 et les membres de la Commission des Trente (se trouve réaffirmé à nouveaux frais le constitutionnalisme « doctrinaire » d'un Victor de Broglie qui voyait dans le chef de l'État un substitut du monarque royal). L'ordre constitutionnel établi en 1958 se donne ainsi à voir comme une nouvelle tentative « néo-monarchienne » ancrée dans une longue contestation du « parlementarisme à la française⁵⁴ ». Encore aujourd'hui, l'exigence d'un contre-pouvoir parlementaire, épisodiquement réaffirmée, s'épuise dans un simple renforcement technique des procédures de contrôle politique. À cet égard, en se refusant à réécrire les termes de l'article 20 de la Constitution, les constituants de juillet 2008 ont implicitement signifié que le rôle essentiel du Parlement n'est plus de légiférer, mais de porter une appréciation éclairée sur les conditions de mise en œuvre des politiques gouvernementales⁵⁵.

Ainsi, caractérisant progressivement le régime, la forte interpénétration de la politique et de la haute fonction publique a confirmé l'intuition de Hauriou selon laquelle « l'autorité réelle » appartient, dans chacun des pouvoirs de gouvernement, aux « bureaux ». Les autorités politiques placées par la Constitution de 1958 à la tête du pouvoir exécutif doivent, pour exercer les attributions qui leur sont conférées, s'appuyer sur un appareil administratif, c'est-à-dire un ensemble d'organes au service de l'action gouvernementale. Dans une page des *Principes* où Hauriou souligne que tous les services ministériels doivent être considérés comme retenus par le gouvernement, ces derniers sont présentés comme des rouages étroitement entremêlés : si les bureaux se rattachent principalement à l'Administration

⁵² M. DUVERGER, « Les institutions de la Cinquième République », *Revue française de science politique*, 1959/1, p. 122.

⁵³ N. ROUSSELLIER, *La force de gouverner. Le pouvoir exécutif en France XIX^e-XXI^e siècles*, Paris, Gallimard, 2015, p. 568.

⁵⁴ S. RIALS, « Une doctrine constitutionnelle française ? », *Pouvoirs*, 50/1989, p. 81-95.

⁵⁵ Se tenant éloigné de la logique interne qui préside généralement à l'exercice d'un gouvernement parlementaire, le réformisme constitutionnel de 2008 a défini ses finalités à partir d'une dissociation entre Parlement et pouvoir exécutif et s'est abandonné, de ce fait, à l'évocation illusoire d'une balance des pouvoirs. Voir, sur ce point, J. HUMMEL, « La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et le réformisme constitutionnel. Sur une inclination française dans la compréhension du gouvernement parlementaire », *Revue française de Droit constitutionnel*, 2018/116, p. 723-738.

et si les cabinets ministériels se rapportent au gouvernement et à la politique, « cela se compénètre et, d'ailleurs, les bureaux sont un organe du ministère qui, dans son ensemble, est un organisme gouvernemental⁵⁶ ».

À cet égard, procédant de l'exigence d'un pouvoir hiérarchique exercé par le gouvernement sur l'Administration, les cabinets ministériels vont s'ancrer dans la réalité administrative jusqu'à devenir un des lieux essentiels où réside, à la jointure de la représentation et de la technicité, la décision politique. Successeurs des « secrétariats intimes » qui, sous le Consulat et le Premier Empire, aidaient le ministre dans l'accomplissement de sa mission, les cabinets sont peu à peu devenus, au sein des régimes parlementaires qui ont contraint les ministres à développer, parallèlement à la direction de leur administration, des rapports de plus en plus étroits avec les assemblées, des organes indispensables. Longtemps perçus comme un « contre-pouvoir administratif » essentiellement chargés, sous la III^e République, de s'occuper de la circonscription électorale de leur ministre et des relations avec le Parlement, ils ont peu à peu consolidé leur office⁵⁷. Recrutés essentiellement, sous la V^e République, au sein des grands Corps et de la haute fonction publique, leurs membres concourent désormais activement, en tant qu'interface entre le pouvoir politique et l'Administration, à une *fonction gouvernementale* que l'on sait être doctrinalement introuvable⁵⁸. Ce faisant, tout en étant dépourvus d'existence constitutionnelle, les cabinets semblent participer d'une *constitution administrative* qui, selon la célèbre formule de Tocqueville⁵⁹, « est toujours restée debout au milieu des ruines des constitutions politiques ». La manière dont les détenteurs du pouvoir exercent, au sein des appareils d'État, un art de gouverner appuyé sur des pratiques administratives relève ainsi, par-delà la normativité juridique encadrant leurs compétences, d'un droit politique soucieux de rendre compte du réel.

B. Le pouvoir politique appréhendé comme une pratique

Généralement « recouverte d'un voile » par le régime parlementaire, la fonction exécutive se présente comme « l'action directe avec coercition et contrainte⁶⁰ ». Que ce soit par des actes réglementaires ou particuliers, juridiques ou techniques, le gouvernement « peut et doit pourvoir aux nécessités par son action directe⁶¹ ». À cet égard, sous une V^e République marquée par l'exigence gaullienne d'une adap-

⁵⁶ M. HAURIU, *Principes de droit public*, Paris, Dalloz, 2010 [1910], p. 480.

⁵⁷ Comme l'observe M. CARON, *L'autonomie organisationnelle du gouvernement : recherche sur le droit gouvernemental de la V^e République*, thèse de doctorat soutenue à l'Université Lille II, 2014, p. 100, « souvent créées en raison de vides constitutionnels, législatifs et jurisprudentiels », les pratiques gouvernementales encadrant le travail gouvernemental ou l'organisation des réunions interministérielles sont « l'une des expressions les plus abouties de [l']autonomie organisationnelle du Gouvernement en ce qu'à travers elles, le Gouvernement décide de se lier lui-même par des règles dont il choisit discrétionnairement la durée de vie ».

⁵⁸ Voir, sur ce point, S. MOUTON, « L'inexistence juridique du collaborateur de l'exécutif. De l'insoutenable insaisissabilité constitutionnelle des entourages », in J.-M. EYMERI-DOUZANS, X. BIOY et S. MOUTON (dir.), *Le règne des entourages. Cabinets et conseillers de l'exécutif*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015, p. 281-312.

⁵⁹ A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, 7^e éd., Paris, Michel Lévy Frères, 1866, p. 297.

⁶⁰ M. HAURIU, *Principes de droit public*, Paris, Dalloz, 2010 [1910], p. 448.

⁶¹ *Ibid.*

tation de l'action politique aux circonstances, l'appréhension de la puissance publique ne saurait, du fait de la nature aussi bien juridique que technique de ses actes, être resserrée sur son seul fondement juridique sans exposer l'observateur à méconnaître la spécificité même de l'action menée par le pouvoir exécutif. On comprend par là pourquoi Hauriou⁶² a pu qualifier la distinction entre élaboration et exécution de la loi de « purement juridique » en ce qu'elle inscrit l'Exécutif « non pas dans le plan réel de la vie gouvernementale, mais dans un certain plan idéal de l'état de droit ». À l'inverse, envisager le pouvoir exécutif d'un point de vue « politique » permet de révéler l'importance de « la décision exécutoire » : en vertu du *privilège du préalable* qui emporte directement le résultat qu'elle prescrit, une telle décision crée des situations juridiques nouvelles et implique, dans l'espace séparant l'ordre exécutoire de l'exécution, le travail des services administratifs. C'est dans le fait de concevoir le pouvoir exécutif comme un pouvoir jouissant du privilège d'une telle décision que la correspondance entre la pensée constitutionnelle du Doyen Hauriou et celle des pères fondateurs de la V^e République se fait la plus étroite, à savoir dans une commune ambition de mettre fin à la traditionnelle défiance française à l'encontre de l'Exécutif par le biais d'une reconsidération de l'ordre administratif. Les deux faces (constitutionnelle et administrative) de la même ambition sont soudées comme l'avert et l'envers d'une même médaille : vient au soutien de l'affirmation de la primauté du « gouvernement exécutif⁶³ » la reconnaissance de l'autonomie décisionnelle de l'Administration⁶⁴. Plus généralement, l'autorité recouvrée de l'action gouvernementale repose sur les moyens offerts par le droit administratif, un droit qui, sous la III^e République, avait réussi à « surmonter et finalement annuler la faillite du droit constitutionnel républicain en procédant à la séparation de la sphère administrative et de la sphère politico-parlementaire⁶⁵ ».

L'attention portée à de telles décisions exécutoires n'est pas sans rappeler l'importance qu'accordait Georg Jellinek à une « libre activité » du gouvernement nécessairement soustraite aux règles juridiques : selon lui⁶⁶,

un État, dont toute l'activité serait une activité liée par une règle, est une conception irréalisable. [...] Un État dont le Gouvernement n'agirait que d'après les prescriptions légales, serait politiquement impossible. Ce n'est pas une règle de droit qui peut jamais décider de la direction de l'activité imprimée à l'État par le Gouvernement.

Apprécié à l'aune d'une telle action gouvernementale, le rôle de l'Administration bureaucratique est d'assurer, par une intervention spontanée et continue, la vie même de l'État. G. Jellinek⁶⁷ distinguait, à cet égard, trois fonctions étatiques : la législation (*Rechtssetzung*), qui réside dans le fait de poser des règles générales ; la

⁶² M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 383.

⁶³ *Ibid.*, p. 387.

⁶⁴ Selon N. ROUSSELLIER, *La force de gouverner*, op. cit., p. 215, « le comble de la démarche menée par Maurice Hauriou est d'avoir interprété l'ascension juridique du règlement certes comme un « progrès », mais surtout comme un *retour* aux sources du pouvoir d'État (sa capacité de commandement propre) et non comme une rupture ouvrant à la réconciliation entre la tradition du régime administratif de l'État et la démocratie politique (c'est-à-dire la politique républicaine) ».

⁶⁵ *Ibid.*, p. 214.

⁶⁶ G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, part. II, *Théorie juridique de l'État*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2005 [1913], p. 328.

⁶⁷ G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, Freiburg, P. Siebeck, 1887, p. 218.

juridiction (*Rechtssprechung*), qui consiste à dire quelles sont les règles générales établies et l'administration (*Verwaltung*). Si les fonctions législative et juridictionnelle ne forment que la « vie abstraite » de l'État, l'Administration traduit sa « vie concrète », c'est-à-dire la gestion des affaires publiques. À cet égard, parallèlement à l'exigence de modération déduite, selon l'héritage libéral de Montesquieu, d'une séparation des pouvoirs, Hauriou voit dans l'existence d'une « vie intérieure » continue et régulière du gouvernement une autre garantie de la liberté politique. Dans un passage de son *Précis de droit constitutionnel* consacré aux « bases psychologiques de la séparation des pouvoirs⁶⁸ », il souligne l'importance d'une « société intragouvernementale », dont la « vie intérieure » donne naissance, dans le cadre de l'activité gouvernementale, à ce que William James a appelé « le courant de la conscience ». Réalité irréductible à l'ordre physique, la conscience, appréhendée par W. James, dans son ouvrage *Pragmatism*⁶⁹ publié en 1907 à la mémoire de John Stuart Mill, comme un champ d'observation, constitue un courant vital ininterrompu qui ne saurait être exprimable par des concepts. Appréciée à l'aune de ce pragmatisme qui fait de l'action le seul juge de la vérité d'une idée, la doctrine juridique se fait illusion en croyant pouvoir refléter en ses concepts la chose en soi. En effet, pensée et réalité constitutionnelles se rejoignent et se conjuguent en un même processus.

Dans le même sens, Léon Duguit, soucieux de s'affranchir des catégories *a priori* que la doctrine juridique se plaît à interposer entre le concept et la réalité, appelle de ses vœux une connaissance du droit fondée non sur des concepts posés en tant que tels, mais sur une adéquation entre le réel et les notions. Retenant l'enseignement de Durkheim selon lequel l'ordre étatique est d'abord composé d'individus, son *Traité de droit constitutionnel* se propose d'embrasser, dans l'étude de l'organisation et du fonctionnement de l'État, aussi bien les « gouvernants » que les « agents » publics. Expurgée de toute fiction juridique et consacrée à une étude de l'État dans ses manifestations aussi bien constitutionnelles qu'administratives, sa théorie réaliste invite, par un effet de désacralisation du pouvoir politique, à mettre en évidence le rôle de ces « agents » (celui joué par tous les Lucien Leuwen ou Eugène Rougon qui permettent à un gouvernement d'exercer son pouvoir d'action). L'État présente ainsi, parallèlement à sa face institutionnelle dont la connaissance procède d'un droit constitutionnel entendu au sens strict, une face agissante dont se saisit le droit administratif qui, selon P. Legendre⁷⁰, a constitué, en France, le véritable droit politique.

L'affirmation haurioutiste d'une primauté *politique* de l'Exécutif s'oppose à la logique malbergienne selon laquelle la hiérarchie normative procède de la hiérarchie organique. À rebours de l'idée selon laquelle la place de l'Administration au sein de l'État est fixée par la seule hiérarchie constitutionnelle des organes et, par conséquent, des normes, Hauriou, éprouvant déjà l'expérience du déclin de certaines formes classiques, estime qu'une telle place s'impose par la réalité même du politique. Comme il l'écrit⁷¹, « la place d'un pouvoir au sein de l'État ne doit pas

⁶⁸ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 358.

⁶⁹ W. JAMES, *Le pragmatisme*, trad. E. Le Brun, Paris, E. Flammarion, 1911.

⁷⁰ Voir P. LEGENDRE, « La royauté du droit administratif. Recherches sur les fondements traditionnels de l'État centraliste en France », in *Trésor historique de l'État en France (textes de P. Legendre)*, Paris, Fayard, 1992, p. 578-609.

⁷¹ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 473.

être déterminée par le fait qu'il constitue une meilleure source du droit, mais par le fait qu'il réalise un meilleur organe de gouvernement », c'est-à-dire un organe d'action efficient. Les fondateurs de la V^e République étaient, sur ce point, convaincus du fait qu'un tel pouvoir « en action » dépend essentiellement, pour reprendre les termes du Doyen toulousain, du « personnel humain des fonctionnaires et des hommes politiques » à qui il revient de prendre « les décisions » et d'être laissé juge « de l'opportunité de celles-ci⁷² ». Affirmer ainsi l'irréductibilité d'un pouvoir discrétionnaire dans les domaines politique et administratif ne revient pas à considérer que l'autorité du pouvoir précède de manière existentielle ses régulations par le droit positif, mais invite à considérer la politique dans sa dimension tragique. En effet, la médiation gaullienne entre l'autorité politique et les libertés est annoncée par la compréhension haurioutiste de l'État administratif en tant qu'accomplissement de l'ordre individualiste (comme l'écrit plaisamment Ph. de Lara⁷³, « la charpente formée par le droit administratif [...] inscrit l'ordre individualiste dans les rouages de l'État moderne. En somme, Hauriou, c'est Montesquieu plus l'électricité »). Révélant l'importance des acteurs agissant au sein d'ordres institutionnels concrets, le réalisme constitutionnel du Doyen toulousain nous invite, encore aujourd'hui, à porter nos regards sur « la proportion qui doit exister entre l'élément légal de la constitution et l'élément des pratiques gouvernementales⁷⁴ » et, ce faisant, à observer que si la réalité politique et administrative de la V^e République est circonscrite par le droit, elle ne saurait être réduite à ce seul processus d'objectivation.

Jacky Hummel

Jacky Hummel est Professeur agrégé de droit public à l'Université de Rennes1. Il est l'auteur notamment de *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : le modèle allemand de la monarchie limitée* (Paris, PUF, 2002) ; *Carl Schmitt. L'irréductible réalité du politique* (Paris, Michalon, 2005) ; *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel* (Paris, Michel Houdiard, Dalloz, 2010).

⁷² *Ibid.*, p. 185.

⁷³ Ph. DE LARA, « La découverte de l'administration chez Maurice Hauriou », *Jus Politicum*, 2011/6 [http://juspoliticum.com/article/La-decouverture-de-l-administration-chez-Maurice-Hauriou-372.html].

⁷⁴ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^e éd., Paris, Recueil Sirey, 1916, p. 682-683.